

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.129/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000196288-44
Impugnação: 40.010134382-21
Impugnante: Antônio Cesar Dias dos Santos - ME
IE: 686994980.00-20
Proc. S. Passivo: José Alberto Prais/Outro(s)
Origem: DFT/Teófilo Otoni

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto do faturamento constante em controle extrafiscal, regularmente apreendido, com receita declarada ao Fisco, no mesmo período, que o Autuado promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. Restando comprovado nos autos que o Impugnante promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, e sendo esta conduta caracterizada como motivo de exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94/11, correto o Termo de Exclusão do Simples Nacional lavrado pelo Fisco.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Trata-se de imputação fiscal sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de maio de 2010 a abril de 2013, em face da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas por meio da análise de documento extrafiscal, regularmente apreendido, o qual demonstrou a existência de parcela de vendas realizadas sem emissão de documento fiscal.

Exigiu-se ICMS, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

O trabalho foi realizado por meio do confronto entre a receita declarada ao Simples Nacional pelo Contribuinte autuado e valor das vendas mensais registradas no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

caderno intitulado “Vendas Mensais”, regularmente apreendido no estabelecimento da Empresa em 16/05/13, por meio de Termo de Apreensão e Depósito (TAD).

Em face da irregularidade apurada e com base no art. 29, inciso XI e §§ 6º e 7º da LC nº 123/06 c/c art. 5º, inciso XIII e art. 6º, inciso VI da Resolução CGSN nº 15/07, o Fisco procedeu à exclusão do Contribuinte do Simples Nacional no âmbito do presente PTA, conforme Termo de Exclusão de fls. 96.

Da Impugnação

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação de fls. 143/146, alegando, em síntese, que:

- o Fisco, de forma arbitrária, apreendeu um caderno que não tinha qualquer conotação com o estabelecimento e, utilizando do carimbo que se encontrava sobre a mesa, junto aos cupons fiscais, autenticou a folha do caderno que estava em seu poder;

- o relatório apresentado pelo Fisco, com base nas anotações diversas contidas no caderno apreendido, sem qualquer ligação com o estabelecimento comercial, não expressa a contabilidade do Impugnante;

- os fatos, noticiando a atitude arbitrária do Sr. Fiscal, encontram-se narrados nas declarações individuais prestadas pelas funcionárias que se encontravam no estabelecimento quando da visita fiscal;

- as provas juntadas nos autos devem ser desclassificadas por não terem qualquer ligação que indique serem as anotações constantes no suposto caderno apreendido de dados contábeis da empresa.

Ao final, requer o cancelamento do Auto de Infração e que seja efetuado quantitativo fiscal com a finalidade de provar que a empresa jamais teve qualquer conduta desrespeitosa em detrimento a recolhimento de suas obrigações para com o Fisco.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em Manifestação Fiscal de fls. 162/165, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

Como relatado, trata-se de imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, promovidas pelo Autuado no período de maio de 2010 a abril de 2013, apuradas por meio do confronto entre a receita declarada ao Simples Nacional pelo Contribuinte e valor das vendas mensais registradas no caderno intitulado “Vendas Mensais”, regularmente apreendido no estabelecimento da Empresa.

As exigências são do ICMS, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

Conforme notícia o Auto de Infração, o Fisco, na data de 16/05/13, em visita fiscal no estabelecimento do Contribuinte autuado, apreendeu, por meio de Termo de Apreensão e Depósito-TAD nº 010855, fls. 07, o caderno intitulado “vendas mensais”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(fls. 08/95) com registros de valores por data e dias da semana, com o primeiro registro em 03/05/10 e o último em 15/05/13, sendo que a folha do caderno que contém esse último está preenchida com as datas e dias da semana até 30/05/13.

Todo o questionamento trazido pelo Impugnante diz respeito à forma em que se deu a ação fiscal, que no seu entender foi arbitrária, e de que o caderno apreendido não tem qualquer ligação com o estabelecimento do Contribuinte ou indicação de que as anotações são de dados contábeis da Empresa.

Primeiramente, a diligência fiscal que resultar em apreensão de documentos encontra respaldo na Lei nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional, que, em seu art. 195, assim estabelece:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Por sua vez, o art. 42, § 1º c/c art. 50 da Lei nº 6.763/75 estabelece a apreensão de livros, documentos, bens e objetos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária:

Art. 42 - Dar-se-á a apreensão de mercadorias quando:

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

Já os procedimentos adotados pelo Fisco, para apuração das operações efetivamente realizadas pelo Autuado, são tecnicamente idôneos, ao contrário do alegado pelo Impugnante, encontrando respaldo no art. 16, inciso III da Lei nº 6.763/75 c/c art. 194, inciso I do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

III - exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;

(...)

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais subsidiários;

(...)

As obrigações de emitir documentos fiscais nas saídas de mercadorias encontram-se também previstas no art. 96, inciso X da Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

X - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;

A obrigação tributária acessória de movimentar mercadorias somente quando acobertadas de documentação fiscal encontra-se, ainda, prevista no § 1º do art. 39 da Lei nº 6.763/75:

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

Sendo assim, não há óbice na apreensão efetuada pelo Fisco do controle extrafiscal utilizado pelo Contribuinte autuado para registro das vendas diárias, bem como que o procedimento adotado pelo Fisco para apuração do crédito tributário encontra-se segundo a previsão legal.

Por outro, refutando a alegação de arbitrariedade levantada pela defesa do Impugnante, o Fisco informa na manifestação fiscal que *“foi solicitado ao contribuinte a exibição do Emissor de Cupom Fiscal e do bloco de venda a consumidor”*, mas o equipamento apresentado encontrava-se fora de uso, por não possuir memória fiscal, não havendo *“qualquer cupom fiscal sobre a mesa, como afirma o Impugnante”*

Continua o Fisco com a sua narrativa esclarecendo que *“foi então solicitado à funcionária a apresentação de algum documento de controle das vendas efetuadas. A*

funcionária então entregou, espontaneamente, o livro contendo as vendas efetuadas pelo contribuinte no período de maio de 2010 até o dia 15/05/13, que é o dia anterior à data da apreensão do referido livro. ... Portanto, a afirmação do Impugnante de que a funcionária foi obrigada a abrir todas as gavetas do estabelecimento não condiz com a verdade dos fatos”.

Assim, ao contrário da irresignação do Impugnante e apesar dos “Termos de Declaração” colhidos juntos às funcionárias do Contribuinte, a entrega do caderno deu-se de forma espontânea, atendendo pedido do Fisco para apresentação de documentos comprovando as vendas do estabelecimento.

No tocante às reclamações de que o referido “caderno” não guarda qualquer relação com o estabelecimento e de que os registros não refletem a contabilidade da Empresa, cabe registrar que são meras alegações, sem quaisquer provas do que é afirmado. A Defesa não traz, sequer, cópia de notas fiscais, cupons fiscais ou livros fiscais com registros das operações de vendas do período autuado, no sentido de subsidiar as suas alegações.

Ademais, é, no mínimo, estranho que um caderno com folhas numeradas e rubricadas, contendo em cada folha os registros por mês, individualizados por data e dia da semana, encontrado dentro do estabelecimento do Autuado, não pertença ao Contribuinte, como quer a Defesa.

Observa-se que os registros no referido caderno guardam uma sequência dos dias da semana em que há expediente comercial, típico da atividade do estabelecimento autuado, inclusive com indicação daqueles dias em que não há funcionamento, como domingo e feriado.

Dessa forma, analisando o conteúdo das informações constantes no documento apreendido pelo Fisco, aliado ao fato de não ter o Impugnante trazido qualquer prova em sentido contrário, constata-se que se trata de informações com as vendas do estabelecimento, com razão ao Fisco.

Por fim, em face do descumprimento das obrigações principal e acessória, foram impostas as penalidades previstas na Lei nº 6.763/75, arts. 55, inciso II, e 56, inciso II, *in verbis*:

Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II do art. 53, serão as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, tê-la em estoque ou depósito, desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

Assim, verifica-se que no presente caso restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes dos autos.

Ressalta-se que o Fisco emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional, fls. 96, por ter verificado a prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/06, falta de emissão regular de documentos fiscais na saída de mercadorias.

Analisa-se as disposições da Lei Complementar nº 123/06, com os dispositivos da norma aplicáveis ao caso concreto:

Art. 2º - O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

(...)

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar;

(...)

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que

incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput deste artigo, a pessoa jurídica será notificada pelo ente federativo que promoveu a exclusão.

§ 7º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a notificação de que trata o § 6º deste artigo poderá ser feita por meio eletrônico, com prova de recebimento, sem prejuízo de adoção de outros meios de notificação, desde que previstos na legislação específica do respectivo ente federado que proceder à exclusão, cabendo ao Comitê Gestor discipliná-la com observância dos requisitos de autenticidade, integridade e validade jurídica.

O Comitê Gestor do Simples Nacional disciplinou a exclusão do Simples Nacional na Resolução CGSN nº 94/11, a saber:

Seção IX

Da Exclusão

Subseção I

Da Exclusão por Comunicação

Art. 73. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

(...)

c) incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXV do art. 15, hipótese em que a exclusão: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, inciso II)

(...)

§ 1º A comunicação prevista no caput será efetuada no Portal do Simples Nacional, em aplicativo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

próprio. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, § 2º)

Art. 76 A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de dois ou mais períodos de apuração consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento em um ou mais procedimentos fiscais;

(...)

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, abaixo transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, a saber:

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

Comprovada a realização de prática reiterada de descumprimento da legislação tributária, conforme se conclui dos elementos dos presentes autos, correta a exclusão do Impugnante do regime do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento e a exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luçiana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Eduardo de Souza Assis e Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2013.

**José Luiz Drumond
Presidente / Relator**

R